

Ministério Público – Atribuições constitucionais e a ação de improbidade. Considerações

Oswaldo Luiz Palu^(*)

Promotor de Justiça – SP

SUMÁRIO: 1. A Justaposição entre a ação civil pública de improbidade (Lei nº 8.429/92) e a ação popular constitucional 1.1 A Ordem Jurídica Democrática e Improbidade 1.2 A suposta incompatibilidade entre a ação de improbidade da Lei nº 8.429/92 e a ação popular constitucional 1.3 Fundamentos constitucionais e objeto das ações 1.4 Atuação concorrente das Procuradorias 1.5 A Exegese da lei brasileira a partir de ordenamentos estrangeiros ou normas não recepcionadas 1.6 Uma Interpretação da Constituição a partir da lei 2 Conclusões.

1. A justaposição entre a ação civil pública de improbidade (Lei nº 8.429/92) e a ação popular constitucional

O Ministério Público e a Ação Civil Pública de Improbidade Os princípios Constitucionais da Administração Pública A Indigitada Superposição entre a Ação Civil Pública de Improbidade (Lei nº 8.429/92) e a Ação Popular Constitucional; Uma interpretação da Constituição a partir da lei

Uma das atribuições do Ministério Público é a presente na locução “defesa da ordem jurídica e do regime democrático” (art. 127, CR/88). Como seria isso? Uma primeira aproximação ao tema faz recordar que a própria Constituição legitimou o Ministério Público a promover a Ação Direta Interventiva (art. 129, IV, da CR/88) para assegurar a observância dos princípios constitucionais do art. 34, VII, da CR/88,⁽¹⁾ claramente casos de interesse público identificado Não há sistema representativo e forma republicana de governo sem responsabilidade (arts. 15, V, e 37, § 4º)

Coerentemente, a Constituição cria mecanismos a velar pela higidez do sistema de representação e a obrigatoriedade da punição ao ato de improbidade, com o permitir até a suspensão ou perda dos direitos políticos do agente público (art. 15, V, cc art. 37, § 4º) É lição de José Afonso da Silva, de

(*) Mestre e Doutorando em Direito Constitucional

(1) ‘a) a forma republicana, o sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da Administração Pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino’

que nos países democráticos “não existe governante irresponsável e não há democracia representativa sem eleição”, e que só a eleição, “ainda que isenta, periódica e lisamente apurada”, não esgota a realidade democrática, pois, “além de mediata ou imediatamente resultante de sufrágio popular, as autoridades designadas para exercitar o governo devem responder pelo uso que fizerem dele uma vez que governo irresponsável, embora originário de eleição popular, pode ser tudo, menos governo democrático”⁽²⁾

O princípio da legalidade é basilar do Estado Democrático de Direito e é da essência de seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática,⁽³⁾ mas o exercício do poder democrático, em nosso sistema de democracia representativa, pressupõe uma congregação de instituições que regulamentam e disciplinam a participação popular no processo político e afastem situações de deformidade e abuso antidemocrático (CR/88, art. 15, V, *in fine*)

1.1 A ordem jurídica democrática e a improbidade

A defesa do “regime democrático” e da “ordem jurídica”, ou da ordem jurídica democrática, no sentido exposto, inclui forçosamente a constrição dos agentes públicos aos princípios constitucionais da Administração Pública, a vincular não somente os agentes políticos eleitos no sistema representativo, mas também todos os agentes públicos que participam da administração dos negócios do Estado, da formação da “vontade estatal”, bem como da gestão das verbas públicas, ainda que não eleitos diretamente. A todos implica obediência aos princípios constitucionais da Administração Pública, legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência. Estes vetores, que animam a todos os agentes públicos e não apenas os do Poder Executivo, são os valores escolhidos pela sociedade, exigíveis do agente público, empregado ou servidor público. A Constituição incumbiu o Ministério Público, por ser defensor da ordem jurídica, conforme art. 127 *cc.* art. 37, § 4º, da CR/88, de promover a repressão aos atos de improbidade,⁽⁴⁾ eis que todo povo “tem direito a um governo honesto”⁽⁵⁾

(2) “Curso de direito constitucional positivo” Malheiros, pág. 518

(3) SILVA, José Afonso da. “Curso de direito constitucional positivo” Malheiros, pág. 121

(4) Consultar as obras “Improbidade administrativa”, de PAZZAGLINI FILHO, Marino, ROSA, Márcio Fernando Elias e FAZZIO JUNIOR, Waldo Atlas; “Improbidade Administrativa” Malheiros, de FIGUEIREDO, Marcelo

(5) Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. “Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e *habeas data*”, pág. 88; conf., também, além do art. 37, *caput* da CR/88, o art. 14, § 9º “Lei Complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato e a normalidade e legitimidade das eleições contra influência do poder econômico ou o abuso do exercício da função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”

A moralidade consiste no conjunto de regras de conduta atinentes à disciplina interior da Administração; a probidade administrativa é uma forma qualificada de moralidade administrativa, a merecer atenção especial da Constituição, a punir o ímprobo (art. 37, § 4º). Quem bem definiu os atos de improbidade foi Marcelo Caetano, ao dizer do dever de probidade: o funcionário (em sentido amplo) deve servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções sempre no intuito de realizar os interesses públicos, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer⁽⁶⁾

1.2 A suposta incompatibilidade entre a ação de improbidade da Lei nº 8.429/92 e a ação popular constitucional. Uma interpretação da Constituição a partir da lei

Fácil perceber que se a Administração pública cair em sistema de licenciosidade e nenhuma moral, se a corrupção for a regra não escrita e não houver a responsabilidade dos agentes públicos, também os alicerces jurídicos do Estado Democrático de Direito estarão abalados

Essa atribuição do *Parquet*, de tal envergadura, obviamente, é exercida sem exclusividade, posto serem os bens jurídicos citados por demais valiosos, a impor o transbordo da guarda exclusiva a qualquer do povo, como meio da efetiva aplicação da lei (*enforcement*)

Foi editada na órbita infraconstitucional a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (art. 128, § 5º), a regulamentar as atribuições do Ministério Público (normas técnicas, nessa parte, em especial o art. 25), e a Lei nº 8.429/92, a tutelar o patrimônio público e os princípios constitucionais e legais da Administração Pública, a reprimir comportamentos que causem lesão ao Erário ou violem princípios da Administração. O ato de improbidade é punido *de per se*, independentemente de eventual dano patrimonial

A defesa do patrimônio público através da ação civil pública de improbidade, à vista do eventual entrelaçamento entre os objetos desta e da ação popular constitucional, deu azo a aparentes perplexidades. A norma que disciplina a ação do *Parquet* a de nº 8.429/92, sendo a lei de regência das ações civis públicas (geral) a de nº 7.437/85 e a ação popular constitucional a de nº 4.717/65

(6) “Manual de direito administrativo”, Almedina, págs. 749/750. Klaus Stern afirma haver para todo funcionário uma “obrigação de fidelidade à constituição” dizendo que quem atua contra o fundamento do Estado, sobre o qual descansa ao mesmo tempo seu próprio cargo, não pode ser funcionário desse Estado (‘*Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*’, pág. 651, CEC, Madrid). Sobre o conceito de moralidade administrativa, conf. “Ética e administração pública”, pág. 33 e segs., LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. RT 1993

Os fundamentos das opiniões que divisam a impossibilidade da ação do *Parquet* ante a existência da ação popular são os seguintes: a) a ação civil pública tem natureza supletiva, sendo exceção ao sistema e não regra; b) seu objeto está adstrito ao art. 3º da Lei nº 7.347/85, bem como o destino do *quantum* apurado é vinculado (arts. 13 e 20 da mesma Lei); c) o Ministério Público somente atua na presença de interesses se indisponíveis; e d) torna-se incongruente a existência de uma ação popular cujo titular é o cidadão e outra, cuja titularidade é do Ministério Público.

Com as vênias de estilo, tais ações não se confundem, eis que ambas são fundadas em normas distintas e têm dignidade constitucional. Efetivamente, dispõe a Constituição da República em seu art. 5º, LXXIII, quanto a ação popular e, nos arts. 127 e 129, II e III, sobre a ação civil pública.⁽⁷⁾ Outros textos legislativos concretizam o desiderato constitucional. Ambas as ações, popular constitucional e civil pública têm concreção infralegislativa.⁽⁸⁾

Acerca da interpretação dos textos constitucionais, como os que tratamos, pode-se afirmar, sem medo da pecha da absurdidade, que se não pode optar entre um dispositivo e outro (art. 5º, LXXIII, ou art. 129, III, da Constituição da República), em deletéria "lógica do tudo ou nada".⁽⁹⁾ Os princípios da interpretação de um texto político, como é a constituição de um Estado, algo diversa da interpretação das leis.⁽¹⁰⁾

(7) "Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência". Quanto à ação civil pública, assim normatiza a Constituição da República: "Do Ministério Público. Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (...). Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (...)."

(8) Apenas na competência legislativa federal, v.g., a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei nº 8.625/93, art. 25, IV, b, a Lei nº 7.347/85, art. 1º, a Lei nº 8.429/92, art. 17.

(9) CANOTILHO, J. J. Gomes. "Direito constitucional", pág. 196.

(10) J. J. Gomes Canotilho apresenta os seguintes princípios: a) princípio da unidade da constituição, a indicar que a interpretação do direito constitucional aponta de forma a evitar contradições entre duas normas, e, sobretudo, entre princípios jurídico-políticos constitucionalmente estruturantes. Por esse princípio o intérprete deve considerar a constituição como um todo, globalmente considerada, e procurar harmonizar os espaços de tensão, devendo ver as normas constitucionais não como isoladas ou dispersas, mas como preceitos integrados a um sistema interno unitário de normas e princípios; b) princípio da máxima efetividade, cujo vetor é no sentido de se dar à norma constitucional a máxima eficácia possível; c) princípio da "justeza" ou da conformidade funcional, cujo objetivo é o de impedir que a aplicação efetiva da constituição (concretização) altere funções constitucionalmente estabelecidas, cujo alcance primeiro aponta

A resposta, clara, na interpretação constitucional, é no sentido da harmonização dos textos constitucionais, que não devem ser tomados uns, por absolutos, e outros, por não escritos.⁽¹¹⁾

A Lei nº 8.429/92 disciplina a punição aos atos de improbidade, regulamentando dispositivo constitucional (arts. 37, § 4º, 127 e 129, III), reprimindo assim: a) o ato de improbidade que leve ao enriquecimento ilícito (art. 9º), como b) o ato de improbidade que cause prejuízo ao Erário (art. 10); como c) o ato de improbidade que atente contra os princípios da Administração Pública (art. 11), quais sejam, a desobediência aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.⁽¹²⁾

para que o (órgão) intérprete da norma não chegue a um resultado que subverta ou perturbe o sistema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido; d) princípio da concordância prática ou da harmonização, a impor ao intérprete o trabalho de sopesar, coordenar, e combinar os bens jurídicos em conflito ou em concorrência, de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação a outros; e) princípio da força normativa da constituição, a indicar que se deve dar prevalência a pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição normativa, contribuam para uma eficácia ótima da lei fundamental; consequentemente dando primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo historicidade das estruturas constitucionais, possibilitem a "atualização" normativa garantindo sua eficácia e permanência. "Direito Constitucional", 5ª ed., Almedina, 1992. págs. 234-5.

(11) HESSE Konrad. *Las normas de la Constitución no son completas ni perfectas. Verdad es que un gran número de cuestiones relativas al orden estatal se encuentran minuciosamente reguladas pero amplios sectores pertenecientes incluso a la vida estatal en sentido estricto aparecen regulados por disposiciones de una más o menos grande amplitud de contenido y algunos ni siquiera son regulados. La Constitución, pues, no es ordenación de la totalidad de la cooperación social-territorial, la cual no es en absoluto, simple 'ejecución constitucional'. Como tampoco es unidad sistemática ya cerrada bien sea ésta de tipo lógico-axiomático o bien basada en una jerarquía de valores. Sin embargo sus elementos se hallan en una situación de mutua interacción y dependencia y sólo el juego global de todos produce el conjunto de la conformación concreta de la Comunidad por parte de la Constitución* (...) Logo em seguida diz o mestre que: "Así tenemos, en primer lugar, el principio de la unidad de la Constitución. La relación e interdependencia existentes entre los distintos elementos de la Constitución obligan a no contemplar en ningún caso sólo la norma aislada sino siempre además en el conjunto en el que debe ser situada todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales. La única solución del problema coherente con este principio es la que se encuentre en consonancia con las decisiones básicas de la Constitución y evite su limitación unilateral a aspectos parciales. *Escritos de derecho constitucional*". pág. 17 e segs., CEC, Madrid, 1992.

(12) Reflexão merece a lição de o que foi dito por Agustin Gordillo (*apud* DIPIETRO, Maria Silvia Zanella, "Direito administrativo", pág. 71), no sentido de que há uma administração paralela, um parassistema jurídico-administrativo que revela existirem, concomitantemente, procedimentos formais e informais, competências e organizações formais e informais, a Constituição real e o sistema paraconstitucional, o governo instituído e governo paralelo e, também, a existência de dupla moral, ou de duplo *standard* moral que está presente em todos os setores da vida pública ou privada, como o comerciante que quer denunciar o competidor que não paga impostos, o estudante que "cola" nos exames, o professor que não ensina, e em geral todos aqueles que exercem uma atividade sem dedicação, sem responsabilidade, sem vocação, sem espírito de servir à comunidade. Acrescenta que a "dupla moral" implica no reconhecimento de que o sistema não deve ser cumprido fiel nem integralmente, que ele carece de sentido: é o parassistema que dá realidade e sentido obrigacional às condutas individuais."

A propositura de ação visando a concreção do princípio da moralidade e (ou) defesa do patrimônio público, vale dizer a repressão aos atos de improbidade é determinada pela Constituição da República,⁽¹³⁾ cuja severidade com atos de improbidade chegou ao ponto de tornar as ações de ressarcimento imprescritíveis; a Lei nº 8.429/92 consigna em seus arts. 14, § 2º, 17 e 22 a possibilidade da atuação do Ministério Público, *ex officio*, ainda que a autoridade administrativa competente repila eventual representação do interessado

Houve, é certo, antes mesmo da Constituição de 1988, preocupação do legislador, com a repressão aos atos, até então denominados, de enriquecimento ilícito, com a edição das chamadas Lei Pitombo-Godói Ilha (Lei nº 3.164/57) e Lei Bilac Pinto (Lei nº 3.502/58), a prever os casos de enriquecimento ilícito em cargos ou funções públicas.⁽¹⁴⁾ A primeira já atribuía ao Ministério Público a titularidade de tais ações (art. 1º, § 2º) juntamente com qualquer do povo. Vigia então a Constituição de 18 de setembro de 1946 e tais atos normativos regulamentaram seu art. 141, § 38

Como ensina Celso Bastos “esse parágrafo (art. 37, § 4º) pouco acrescenta ao Direito anterior. Os atos de improbidade, é dizer, desonestidade, ofensa à moralidade administrativa, já importaram sanção do tipo das aqui previstas. Como contudo, o art. 37, no seu *caput*, elenca a moralidade como princípio de atuação administrativa pública, temos para nós que o próprio alargamento da noção de improbidade administrativa deflui do dito princípio”⁽¹⁵⁾ Em igual sentido Manoel Gonçalves Ferreira Filho, com dizer que ‘rigorosamente falando esse preceito nada acrescenta ao direito pátrio. É todavia uma advertência ao administrador’⁽¹⁶⁾

Claro que os dispositivos processuais da Lei nº 8.429/92 aplicam-se a todos os processos em curso, mesmo iniciados por fatos a ela anteriores, e o enriquecimento ilícito já era previsto legalmente como ato ilícito, antes mesmo da referida lei.

(13) *Verbis*: “Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e, também, ao seguinte: () § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não que cause prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”

(14) Cf. “Improbidade administrativa”, PAZZAGLINI FILHO, Marino, ROSA, Marcio Fernando Elias e FAZZIO JUNIOR, Waldo, pág. 27, Atlas

(15) “Comentários à Constituição do Brasil”, 3º III. 163

(16) “Comentários à Constituição Brasileira”, I, pág. 259

1.3 Fundamentos constitucionais e objeto das ações

A coexistência entre ação popular e ação civil pública de improbidade proposta pelo *Parquet* não é contraditória. Primeiramente, à lei geral da ação civil pública (nº 7.347/85) foi editada lei especial (nº 8.429/92), com dispositivos a par dos existentes, específicos, visando a ação de ressarcimento de danos causados ao Erário Público e à moralidade. E é clara a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42) a prever no seu art. 2º, § 2º que: “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes não revoga nem modifica a lei anterior”. A primeira segue, pois, sendo a lei geral da ação civil pública

Não há, ontologicamente, diferença entre a ação civil pública (Lei nº 7.347/85) e a ação civil pública de improbidade (Lei nº 8.429/92). Trata a segunda de procedimento de ação civil pública específica à repressão aos atos que violam o Erário, a consolidar, processualmente em um único diploma, especial, o que já havia antes no ordenamento jurídico pátrio. Em substância, são idênticas.

Sobremais, a ação da improbidade funda-se na cláusula constitucional da “defesa da ordem jurídico-democrática” (art. 127) e “patrimônio público” (art. 129, III, e art. 37, da CR/88) e ação civil pública, normalmente, a defesa tanto do interesse público como dos “interesses sociais”, sejam eles interesses “coletivos”, “difusos” etc (art. 127, “interesses sociais”, cc. art. 129, III, “outros interesses difusos e coletivos”).

Quanto à suposta identidade de objetos das duas ações, ação civil pública e ação popular, o que constituiria prova irrefutável da inviabilidade da ação civil pública, por inútil *bis in idem* e “inconstitucional alargamento das atribuições do Ministério Público”, este não existe; não há impossibilidade técnica no fato de a Constituição determinar, acerca de bem jurídico que elegeu por valioso, seja ele velado de vários modos possíveis, (meios políticos, meios jurisdicionais etc) ou por vários agentes (órgãos públicos, cidadão, grupos sociais, associações, sindicatos etc), e por diversos meios processuais, sendo o que ocorre, por exemplo, com os interesses difusos, onde a legitimidade ativa para a ação visando a sua proteção não se limita à ação popular, mas também. Em certos casos, pela ação declaratória de inconstitucionalidade, pela ação cominatória (art. 461 e parágrafos, do Código de Processo Civil), além da ação civil pública. Aí, portanto, ora uma ação de conhecimento (rito ordinário ou não), ora um processo objetivo (ADin), ora o cidadão como agente, ora uma associação, ora o Ministério Público etc.

O objeto imediato na ação popular é de cunho constitutivo-negativo e (ou) condenatório, e o objeto mediato é o da anulação do ato ilegal ou lesivo ao patrimônio público, social, meio ambiente etc; já o objeto imediato da ação civil pública de improbidade é de cunho condenatório, com a condenação do

agente público por atos de improbidade (art. 12 da Lei nº 8.429/92), com o “integral ressarcimento do dano” (art. 5º), e em menor grau a declaração de nulidade (desconstituição) do ato lesivo, posto determinar o art. 18 da mesma Lei que a “sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica preparada pelo ato ilícito”.

A ação civil pública tem por norma geral de regência a Lei nº 7.347/85, em seu art. 1º prevê: “regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados (...)” Não por acaso, é sempre citado pela doutrina que vê incompatibilidade entre a ação civil de ressarcimento e a ação popular, o art. 3º da referida lei, que previa como objeto da ação civil pública a condenação em dinheiro e em obrigação de fazer e não fazer.

Aponta-se que o *quantum* apurado com a condenação do agente público jamais poderia ser carreado à pessoa jurídica lesada, mas sim seria destinado ao “fundo de reparação de interesses difusos lesados”, ali previsto.

Lembre-se do notável alargamento havido com o objeto da ação civil pública, advindo do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor e aplicável à Lei nº 7.347/85 (Lei nº 8.078/90, art. 117), que torna possível qualquer tipo de ação e de provimento jurisdicional, podendo ser este declaratório (positivo ou negativo), constitutivo (positivo ou negativo), condenatório, cautelar, ou mandamental.

O óbice aduzido no sentido de que o art. 13 da Lei nº 7.347/85 determina que o *quantum* da indenização seja carreado a um “fundo de reparação de interesses difusos lesados” não procede, eis que a Lei nº 8.429/92 tem dispositivo específico a propósito (art. 18).

Lembre-se que “no caso de ação civil pública, a interpretação conjunta dos arts. 3º, 11, 13 e 16 sugere, em princípio, que o legislador, sem descurar a teoria adotada no Código de Processo Civil (substanciação), aproximou-se um tanto da teoria da individualização (...) atendendo alguns dos princípios que regem as *class actions* na outorga ao de poder ao juiz para, acolhendo a ação, dispor no sentido de que o comando da sentença atinja de forma mais eficaz a tutela do interesse difuso” (Rodolfo de Camargo Mancuso, “Ação Civil Pública”, 5ª ed., RT, pág. 68). Tal orientação parece clara com os arts. 84, § 5º do CDC, e 461 e § 5º, do CPC.

Assim sendo, a ação civil pública da Lei nº 7.347/85 não é ontologicamente diversa da ação civil pública de improbidade da Lei nº 8.429/92, sendo que a existência delas não obstrui a ação do cidadão com a ação popular, sendo um caso de vários meios processuais dispostos para a defesa do

bem jurídico valioso, o Patrimônio Público, um interesse difuso, com a ressalva da punição civil pela improbidade.

1.4 Atuação concorrente das Procuradorias

Ao argumento de que as pessoas políticas possuem suas próprias procuradorias, sendo desnecessário que o Ministério Público promova ações de ressarcimento (argumento que poderia valer também contra a ação popular), o que o Ministério Público defende é o interesse público primário, inconfundível com o mero interesse patrimonial do Estado ou da burocracia. O Ministério Público vela pelo interesse público e não o fazendário.

E haveria que se concluir, na linha dos que entendem haver um “alargamento inconstitucional” das funções do Ministério Público, no caso, que, se pessoas políticas têm procuradorias, as pessoas físicas ordinariamente podem contratar advogados, então a defesa dos interesses “metaindividuais”, difusos e coletivos, pelo Ministério Público, ou por qualquer associação legitimada, *ideological plaintiff*, é uma inútil duplicidade (*bis in idem*) e um dispêndio inútil de recursos e esforços.

A parte a rematada absurdez prática do argumento, basta ver em J. C. Barbosa Moreira⁽¹⁷⁾ quem propõe ações em defesa de tais bens jurídicos, na maioria das vezes o *Parquet*, o que se reflete também nossa índole exageradamente individualista e imediatista, ao contrário de outros povos, dificilmente propenso a defender o interesse público ou geral sem algum ganho pessoal.

Há que se indagar então, por que foi feita a opção pela ação civil pública do *Parquet* se esta ficaria obstada quanto à defesa do patrimônio público – pelo fato de que têm as pessoas jurídicas procuradorias jurídicas – e se tal não sucede também com o patrimônio dos investidores do mercado mobiliário (que podem

(17) Diz o autor (“La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto a la Experiencia Brasileña)”: “... pero los datos que se pueden obtener, aunque parciales y quizás no de todo exactos no dejan de señalar una clara tendencia. Ellos ponen de relieve, en efecto, que el número de ‘acciones civiles públicas’ ejercitadas por los órganos públicos sobre todo por el Ministerio Público – es notablemente superior al de las que se originan de demandas de instituciones privadas. En el Estado de Rio de Janeiro v.g., casi 100 acciones de ese tipo resultaron hasta ahora de la iniciativa del Ministerio Público, mientras que las ejercitadas por las asociaciones civiles apenas sobrepasan una decena. El panorama es igual en S. Paulo. En materia de protección del consumidor, la relación es de 10 ‘acciones civiles públicas’ de iniciativa privada para 95 del Ministerio Público. Con respecto a cuestiones ambientales una pesquisa reciente en cien comarcas reveló que la contribución de las asociaciones civiles representa, muy modestamente, poco más de 4% del total de 444 ‘acciones civiles públicas’. Conviene subrayar que el Ministerio Público, por lo menos en algunos sitios, trató con seriedad de prepararse para ejercer de modo eficiente ese nuevo género de tareas, inclusive mediante la creación de órganos especializados.” “Revista de Processo”, 68/57, out./dez. 1992.

constituir advogados), ou das vítimas do abuso do poder econômico, da poluição ou de serviços e produtos inadequados etc.⁽¹⁸⁾ A resposta é obviamente não.

A luta contra o ato de improbidade e a criação de um real sistema de *enforcement* dessas leis sempre encontrou oponentes, especialmente na tolerante experiência latino-americana; Rafael Bielsa, ao propugnar pela edição de legislação que criaria a ação popular, em antigo trabalho publicado na "Revista Forense" nº 157, já se defrontava e contradizia o mesmo argumento, qual seja, o da suposta e inútil duplicidade gerada por uma ação popular frente ao atuar das procuradorias, também o argumento com que se vergasta a ação civil pública de improbidade.⁽¹⁹⁾

Pretende-se, por interpretação da Constituição, tornar inócua uma das normas citadas (art. 127, "ordem jurídica" e art. 129, III, "patrimônio público", da CR/88) no que concerne ao patrimônio público, pelo fato da existência da ação popular constitucional; tal interpretação poderia ser chamada de ab-rogante.⁽²⁰⁾ Ocorre que a Constituição em vigor quando da edição das Leis nº 4 717/65 e 7 345/85 hoje não mais vige, sendo que o suporte fundante de todas as leis é a Constituição de 1988 e a interpretação deve ser feita com base no

(18) Providência salutar, a provar que é necessária a atuação externa e que faz com que os ônus do ato ilícito recaiam sobre o agente público e não sobre o contribuinte, é a permissão para que a procuradoria do órgão vítima deixe de contestar a ação de improbidade e aquele assumia posição de litisconsorte do autor. A ação de ressarcimento de danos ao patrimônio público seguindo os passos certos da Lei de Ação Popular, art. 6º, têm os parâmetros corretos para a punição dos responsáveis pessoas físicas por ato de improbidade. Mas não é, infelizmente, o que se tem notado na prática, eis que a pessoa jurídica tem assumido, na maioria das vezes, a defesa do ato inquinado de ilegal, patrocinando (com recursos públicos) a defesa do agente público. A rigor a ação de improbidade deve incluir no pólo passivo todos os responsáveis pelo dano, direto ou indireto. É possível inclusive a pessoa política alterar o pólo processual em processo deste tipo, após haver apresentado a contestação. Não seria eticamente correto manter-se a pessoa política em franca contestação ao pedido do autor, se convencidos os novos agentes públicos, ou até mesmo os anteriores, de erro evidente. O princípio da estabilização da demanda não pode ser interpretado estritamente quando no processo entram elementos de direito público.

(19) "É certo que o erário, o Fisco, o Estado em suma têm seus defensores em juízo, mas se estes últimos fazem parte fatalmente desse mesmo poder administrativo que viola a lei, seja por subordinação hierárquica seja por *esprit de corps* ou por cumplicidade, pode suceder que esses funcionários não a defendam, que não vejam, ou não queiram ver, ou que sejam eles próprios, beneficiários da ilegalidade. Nesse caso, os cidadãos, os habitantes, terão de assistir ao predomínio da ilegalidade, em homenagem ao princípio de separação dos poderes, cujo objetivo não é mutilar a integridade da lei, nem seu vigor total, senão, pelo contrário, distribuir, no processo de sua formação da lei, a sanção, a aplicação e a execução?" BIELSA, Rafael cit., pág. 42.

(20) Sobre a interpretação ab-rogante, diz Vicente Ráo que: "a conciliação de textos aparentemente antagônicos é dever supremo do intérprete, que deve partir do pressuposto de não existirem nas normas jurídicas nem disposições, nem palavras inúteis", sendo que apenas quando a contradição, se existir, for irremediável entre dois preceitos de igual natureza "então ambos serão havidos por inexistentes, preenchendo-se a lacuna" ("O direito e a vida dos direitos", pág. 454 vol. I. RF).

diploma constitucional em vigor não com fundamento naquele que vigia quando da edição da lei que se pretende interpretar. É oportuno lembrar Jorge Miranda, ao afirmar que uma nova ordem não destrói todo o direito infraconstitucional anterior; seria incongruente e muito penoso refazê-lo por inteiro. O que há é novação do direito anterior, que é a mudança no seu fundamento de validade, no seu título; as normas inferiores continuam, apenas sua força jurídica, seu título subjacente é outro. Isso significa que o novo direito constitucional acarreta: a) os princípios gerais de todos os ramos do direito passam a ser aqueles previstos na nova Constituição, explícitos e implícitos; b) as normas legais e regulamentares devem ser interpretadas em face à nova ordem; c) as normas contrárias à Constituição, mesmo em relação às normas programáticas, não subsistem.⁽²¹⁾

1.5 A exegese da Lei Brasileira a partir de ordenamentos estrangeiros ou normas não recepcionadas

Por outro lado, de nada valem as citações de autores italianos ou de comentaristas pré-Constituição de 1988. A Constituição italiana não tem dispositivo como temos no art. 129, III, texto claro que indica a possibilidade da defesa pelo Ministério Público de "outros interesses difusos e coletivos" (art. 129, III). Como falar, diante de tamanha clareza, norma aberta, em tipicidade da ação civil pública, ou ser a mesma exceção?

A ser verdadeira a exegese aqui criticada, obviamente também descaberia a ação civil pública ambiental, a ação civil pública que visa preservar o patrimônio histórico e aquela que objetiva resguardar o patrimônio cultural, artístico etc., posto que legitimado, apenas, o cidadão, via ação popular (art. 5º, LXXIII, CR/88), tornando-se sem *vox* a Lei nº 7.347/85, a Lei nº 8.249/92 e outras.

Teríamos, sem dúvida, curiosa situação: quando na vigência da Constituição de 1946 e da Carta de 1969 podia o Ministério Público defender

(21) É certo, portanto, que com a revolução tem-se uma interrupção na continuidade (do ordenamento jurídico); ela é um divisor de águas entre um ordenamento e outro. Mas essa divisão é absoluta? O ordenamento velho e o novo estão em relação de exclusão recíproca entre si? Eis o problema. A resposta só pode ser negativa: a revolução opera uma interrupção mas não uma completa solução de continuidade; há o novo e o velho, mas há também o velho que se trasvasa no novo, e o novo que se mistura com o velho. É um fato que, normalmente, parte do velho ordenamento passa para o novo e apenas alguns princípios fundamentais referentes à constituição do Estado se modificam. Como se explica essa passagem? A melhor explicação é aquela que recorre à figura da recepção. No novo ordenamento tem lugar uma verdadeira e autêntica recepção de boa parte do velho; e entendem-se de fato recebidas todas aquelas normas que não sejam explícita ou implicitamente ab-rogadas (...). A recepção é um ato jurídico com o qual um ordenamento acolhe e torna suas as normas de outro ordenamento onde tais normas permaneçam materialmente iguais, mas não sai mais as mesmas com respeito à forma" (BOBBIO, Norberto, "Teoria do ordenamento jurídico", pág. 177).

o patrimônio público com fundamento na Lei nº 3 502/58, que “dispõe sobre o seqüestro e perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função” e da Lei nº 3 164/57⁽²²⁾ que dispunha sobre o “seqüestro e a perda em favor da Fazenda Pública de bens adquiridos por servidor público por influência ou abuso de cargo ou função pública”; vigente a Constituição da República de 1988, que deu dignidade constitucional aos princípios básicos da Administração Pública, agora previstos no art 37, *caput*, e dispôs expressamente no sentido que o Ministério Público defenderá o patrimônio público e a moralidade, esta incumbência não mais existe. O bem jurídico “patrimônio público” estará, então, menos protegido

Como lembra Story, na interpretação de um poder constitucional todos os meios ordinários e apropriados a executá-lo são considerados parte do próprio poder. Tal resulta da natureza mesma e do fim de uma Constituição. Acrescenta a seguir que o modo de exercer uma competência não exclui as demais, podendo ocorrer o seguinte: o modo eficaz e útil numa idade ou debaixo de uma determinada circunstância vem a revelar por inteiro inútil ou pernicioso ou em outra época (Paulo Bonavides, ‘Curso de Direito Constitucional’, pág 432, 6ª ed, Malheiros)

1.6 Uma interpretação da Constituição a partir da Lei

Depreende-se que os defensores da tese aqui combatida partem da interpretação da lei para interpretar a Constituição, ou seja, da interpretação da Lei de Ação Popular pretendem interpretar os arts 5º, LXXIII, e 129, III, da CR, quando a interpretação constitucional ostenta princípios específicos, um deles é o que veda, justamente, que se interprete a Constituição a partir da lei ordinária, não se podendo olvidar da clássica lição de Story: “nenhuma corte de justiça poderá interpretar uma cláusula constitucional em ordem a frustrar-lhes os óbvios fins, se do mesmo passo couber outra interpretação que, acorde com o texto e o sentido da Constituição, venha observá-los e protegê-los”⁽²³⁾

Em conclusão, incompatibilidade alguma existe entre a ação civil pública de improbidade e a ação popular constitucional, sendo que aquela conta com melhor possibilidade de investigação dos fatos graças ao inquérito civil. Pretendeu o constituinte, sem coarctar um instrumento da cidadania que é a ação popular constitucional, criar novo mecanismo, paralelo àquele, mais eficaz,

(22) Prevê a Lei nº 3 164, de 1º de junho de 1957 que: “Art 1º São sujeitos a seqüestro e a perda em favor da Fazenda Pública os bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha aquele incorrido. § 1º As medidas prescritas neste artigo serão decretadas no juízo cível, observadas as disposições da lei processual. § 2º O processo será promovido por iniciativa do Ministério Público ou de qualquer pessoa do povo”

(23) BONAVIDES, Paulo “Curso de direito constitucional” 6ª ed, Malheiros, pág 429

dada a relativamente pequena utilização da ação popular. Resta dizer que durante o tempo em que a chamada lei “Pitombo Godoy-Ilha” (Lei nº 3 157/57) vigeu, talvez pelo sua pequena aplicação, inclusive pela falta de independência do Ministério Público, não houve reações sérias contra ela.

Hodiernamente, criado um real sistema *enforcement* para a legislação de proteção à lesão patrimonial, divisar ilegitimidade do Ministério Público para tal mister, ou confusão de objetos entre a ação de improbidade por dano ao Erário e a ação popular constitucional, ou pretende levar o julgamento somente à Segunda Instância, originariamente, é defender nosso colonial vezo patrimonialista, e retornar ao *status quo ante*.

2. Conclusões

Incompatibilidade alguma existe entre a ação civil pública de improbidade e a ação popular constitucional, sendo que aquela conta com melhor possibilidade de investigação dos fatos graças ao inquérito civil. Pretendeu o constituinte, sem coarctar um instrumento da cidadania que é a ação popular constitucional, criar novo mecanismo, paralelo àquele, mais eficaz, dada a relativamente pequena utilização da ação popular.

Não são ontologicamente distintas as ações das Leis nºs 7 347/85 e 8 429/92. Não há impossibilidade em a Constituição estabelecer vários meios, jurídicos, políticos, para a defesa de objetos jurídicos valiosos: ação civil pública e ação popular.

Devem ser interpretados os arts 129, III, e 5º, LXXIII, da CR/88, de modo a recusar ou invalidar, por molesta interpretação literal, tendência a apoucar ou frustrar a importância atribuída aos fundamentos da Constituição; toda vez que se outorga um poder geral, aí se inclui todo poder particular necessário a efetivá-lo (poderes implícitos)